L'Autorità Nazionale Anticorruzione e la nuova normativa sui contratti pubblici*

Sommario: I. *L'ANAC come autorità atipica*. 1. Premessa. 2. Il fenomeno delle autorità amministrative indipendenti. 3. Le Autorità di regolazione dei mercati e il modello regolativo-giustiziale. 4. Il fenomeno delle Autorità al di fuori della regolazione dei mercati. Aspetti problematici. 5. Le Autorità atipiche. 6. L'Autorità Nazionale Anticorruzione ed i suoi tratti di atipicità. II. *L'ANAC nella nuova normativa sui contratti pubblici*. 1. L'obiettivo di contrasto alla corruzione nelle direttive comunitarie e nella legge delega n. 11 del 2016, tra divieto di *gold plating* e deroghe. Il ruolo dell'ANAC nella legge delega. 2. L'opzione per un codice "snello" e la molteplicità degli atti attuativi previsti. La "mutazione" delle linee guida di carattere generale previste dalla legge delega. 3. L'ANAC nel d.lgs. n. 50 del 2016. A) L'art. 213 rubricato <<Autorità Nazionale Anticorruzione>>. 4. B) Disposizioni del d.lgs. n. 50 del 2016 di dubbia legittimità, che evidenziano il profilo atipico dell'Autorità. 5. Gli atti attuativi del "codice". Le linee guida dell'ANAC. Rilievi a partire dall'inquadramento operato dal Consiglio di Stato nel parere reso sullo schema di decreto legislativo. 6. Le garanzie procedurali e di qualità della regolazione relative agli atti dell'ANAC. L'insufficienza attuale delle garanzie. Le prime linee guida dell'ANAC. Cenni. 7. Conclusione.

Abstract

Nella prima parte dello studio dopo aver delineato il variegato fenomeno delle autorità amministrative indipendenti e descritto il modello delle autorità indipendenti di regolazione dei mercati, viene considerato lo sviluppo del fenomeno delle autorità al di fuori della regolazione dei mercati per evidenziarne gli aspetti problematici. Nel quadro di tale direzione di sviluppo del fenomeno si accenna anche alle autorità indipendenti più importanti presenti da tempo nel nostro ordinamento che possono essere considerate atipiche. Ciò serve a far emergere il profilo dell'ANAC ed i tratti salienti di forte atipicità che caratterizzano questa autorità.

La seconda parte ha ad oggetto l'ANAC nella nuova normativa sui contratti pubblici, che ha chiamato l'Autorità a coniugare i compiti di autorità anticorruzione con quelli di vigilanza e regolazione in tema di contratti pubblici. L'attenzione viene portata, oltre che sull'art. 213 rubricato <<Autorità Nazionale Anticorruzione>>, su singole disposizioni del d.lgs. n. 50 del 2016 di dubbia legittimità, che evidenziano il profilo atipico dell'Autorità. Emerge al riguardo la tendenza a privilegiare un'ottica burocratica di prevenzione della corruzione che può danneggiare la concorrenza; ancora, la tendenza ad occupare lo spazio della discrezionalità delle stazioni appaltanti e ad invadere il campo proprio dell'autorità giudiziaria.

*Relazione al Convegno su <<Codice 50, atto secondo>> organizzato dall'IGI, svoltosi a Roma il 14 giugno 2016.

Sotto forma di rilievi a partire dall'inquadramento operato dal Consiglio di Stato nel parere sullo schema di decreto legislativo è quindi affrontato il tema degli atti attuativi del codice ed in particolare del carattere normativo delle linee guida dell'ANAC. È al riguardo evidenziato come il "disagio" nel riconoscere potere normativo all'ANAC sia in definitiva da ricondurre al profilo anomalo dell'Autorità, nella quale è venuta a concentrarsi un'ampia responsabilità di carattere politico. Rilevata l'attuale insufficienza delle garanzie nei confronti dell'ANAC, si accenna infine alle prime linee guida dell'Autorità. La conclusione sottolinea ancora l'ampia responsabilità di carattere politico scaricata sull'ANAC, il rischio conseguente di disfunzioni e di lesione del principio comunitario di concorrenza.

I. L'ANAC come autorità atipica

1. Nella politica di contrasto alla corruzione nel nostro Paese si segnala la presenza crescente, anche mediatica, di una nuova autorità amministrativa ritenuta indipendente, ovvero l'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC-L. 30.10.2013, n. 125), dall'incerta collocazione nel nostro ordinamento.

Per fare emergere il profilo della nuova autorità è necessario muovere dal fenomeno delle autorità amministrative indipendenti considerando anche la direzione di sviluppo del fenomeno al di fuori della regolazione dei mercati, che presenta rilevanti aspetti problematici.

2. La creazione di autorità amministrative indipendenti, nel nostro come in altri ordinamenti, non è derivata da un disegno prestabilito, né è stata guidata da una logica istituzionale complessiva. Così è stato non solo in Francia, ma anche nell'esperienza delle *independent regulatory agencies*. Al modello statunitense, che ha una tradizione più che secolare, si sono ispirate le assai più recenti esperienze europee, a partire da quella francese.

In Italia il fenomeno si è delineato a seguito dell'istituzione della CONSOB (Commissione nazionale per le società e la borsa – 1974), del Garante per l'editoria (1981) e dell'ISVAP (Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni private – 1982) e si è sviluppato negli anni novanta del secolo scorso sotto la spinta determinante dell'ordinamento comunitario. Non solo l'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM), istituita con l. 10.10.1990, n. 287, ma anche il Garante per la protezione dei dati personali (l. 31.12.1996, n. 675, c.d. legge sulla privacy) e le Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità, ovvero l'Autorità per l'energia elettrica ed il gas (AEEG – l. 11.11.1995, n. 481) e l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (AGCOM – l. 31.7.1997, n. 249) costituiscono modalità nazionali di attuazione di principi e direttive comunitari.

Sempre negli anni novanta del secolo trascorso sono state istituite la Commissione di garanzia dell'attuazione della legge sull'esercizio del diritto di sciopero (art. 12, l. 12.6.1990, n. 46), la Commissione di vigilanza sui fondi pensioni (COVIP – d.lgs. 21.4.1993, n.24) e l'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici (l. 11.2.1994, n. 109), divenuta poi Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (artt. 6-8, d. lgs. 12.4.2006, n. 163). Anche queste autorità sono state annoverate – non senza qualche incertezza - tra le autorità amministrative indipendenti.

Negli anni più recenti vi è stata l'istituzione della Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche (CIVIT) (d.lgs. 27.10.2009, n. 150), che, come si vedrà, è all'origine dell'attuale Autorità nazionale anticorruzione. Una nuova autorità di regolazione è stata istituita per il settore dei trasporti ferroviario, portuale, aereoportuale e stradale (art. 37, d.l. 6.12.2011 n. 201, convertito dalla l. 22.12.2011, n. 214, modificato dall'art. 36, l. 24.3.2012, n.27).

Da segnalare, sempre negli anni più recenti, è l'evoluzione dell'Istituto nazionale di statistica (ISTAT) verso l'assetto di autorità amministrativa indipendente, nonché l'istituzione di autorità settoriali, quali l'Autorità garante per l'infanzia e l'adolescenza e il Garante nazionale dei diritti delle persone detenute; ancora, presso gli organi costituzionali del Parlamento, dell'Ufficio parlamentare di bilancio, costituito da un collegio di tre membri, "per l'analisi e la verifica degli andamenti di finanza pubblica e per la valutazione dell'osservanza delle regole di bilancio" (l. 24.12.2012, n. 243).

Parallelamente alla istituzione di nuove autorità amministrative indipendenti è da registrare l'ampliamento delle funzioni (vistoso per l'Autorità garante della concorrenza e del mercato) ed il rafforzamento dell'indipendenza delle autorità di regolazione dei mercati sospinto dal diritto europeo (Direttive CE 13.7.2009, n. 72, 73, Direttive CE 25.11.2009, n.136 e140).

Al di là del rilevante tratto comune costituito dall'indipendenza, le autorità amministrative indipendenti non si lasciano ricondurre ad un modello unico a causa della notevole diversità dei campi di attività, delle funzioni e dei poteri ad esse assegnati.

Il tratto dell'indipendenza accomuna, infatti, le autorità in una categoria molto diversificata al suo interno. Emerge tuttavia una distinzione tra le autorità di regolazione dei mercati e le altre autorità.

3. Per le autorità di regolazione dei mercati è ben evidente l'influenza del modello statunitense e può parlarsi non solo del consolidamento dell'indipendenza, ma anche della formazione di un modello amministrativo innovativo.

Credibilità e funzionalità delle autorità indipendenti di regolazione dei mercati sono strettamente legate ad un nuovo modello di azione e di organizzazione, che può essere definito regolativo-giustiziale. In esso la funzione istituzionale di regolazione assegnata all'autorità è intesa in senso ampio, ovvero occorre che la legge conferisca all'autorità un mandato pieno con riguardo al settore affidatole, che siano attribuiti poteri sufficienti oltre ad essere garantita l'indipendenza dell'autorità sia dal Governo che dai soggetti regolati.

Come indicato dalle esperienze anglosassoni, l'efficacia dell'azione discende dall'estensione dei poteri normativi e dal cumulo di essi con i poteri di carattere amministrativo, repressivi e di attuazione contenziosa.

Il modello regolativo-giustiziale è informato ai principi della partecipazione all'elaborazione delle regole, dell'amministrazione contenziosa quanto all'applicazione di esse, dell'imparzialità oggettiva dell'autorità decidente. In adesione ad esso, ovvero nel segno dell'affermazione del «giusto procedimento», si

è evoluto il nostro ordinamento. Alla stregua di quanto previsto negli USA dall'*Administrative Procedure Act* fin dal 1946, le autorità indipendenti di regolazione devono, infatti, prevedere ed applicare una procedura di *notice and comment*. La proposta di atto regolamentare o generale deve essere resa pubblica dall'autorità per consentire che i soggetti interessati si esprimano su di essa; delle osservazioni acquisite al procedimento va tenuto conto nell'adozione dell'atto di regolazione generale. D'altro canto, l'attività amministrativa provvedimentale assume carattere contenzioso. In essa è fondamentale l'osservanza scrupolosa di un pieno e paritario contraddittorio. Anche in questo caso il riferimento è all'*Administrative Procedure Act* statunitense, alla procedura di *adjudication* da esso prevista. Per realizzare il modello occorre ancora che sia garantita l'imparzialità dell'autorità anche sotto il profilo organizzativo, ciò che in particolare impone la separazione tra le funzioni istruttorie e le funzioni decisorie. Nei suoi tratti essenziali, il modello regolativo-giustiziale ha ricevuto consacrazione a livello di principio in due normative di grande rilievo, contenute nella legge comunitaria 2004 (art. 9, l. 18.4.2005, n. 62) e nella legge 28.12.2005, n. 262 sulla tutela del risparmio. Le autorità considerate dalla normativa – Banca d'Italia, CONSOB, ISVAP e COVIP – sono state chiamate dalla l. n. 262 del 2005 a disciplinare con propri regolamenti l'applicazione dei principi generali che, secondo il modello regolativo-giustiziale, ne vincolano l'azione.

I principi del modello regolativo-giustiziale sono estensibili a tutte le autorità amministrative indipendenti. La necessaria distinzione fra funzioni istruttorie e funzioni decisorie nell'esercizio del potere sanzionatorio è in primo luogo richiesta dall'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

4. Anche le autorità amministrative indipendenti non investite della regolazione dei mercati costituiscono una importante manifestazione del bisogno di adattamento ed evoluzione delle forme dell'azione pubblica e dei principi di organizzazione dello Stato. Si afferma la tendenza a sottrarre determinate funzioni pubbliche all'indirizzo politico di maggioranza, ovvero ad una logica nella quale sull'imparziale svolgimento delle funzioni sono destinati a prevalere gli obiettivi più pressanti ed immediati della maggioranza governativa. Ciò risponde ad una esigenza di efficacia oltre che ad una esigenza di garanzia, che divengono ineludibili quando il corretto esercizio delle funzioni rileva anche a livello europeo e/o globale (come, da ultimo, attesta ad es. l'evoluzione dell'ISTAT verso l'assetto di autorità indipendente).

È presto per dire se i più recenti sviluppi del nostro ordinamento segnalino un'evoluzione nella direzione dell'esperienza della Francia, ove sono oggi presenti (secondo le diverse valutazioni) da quaranta a cinquanta autorità amministrative indipendenti, che si sono diffuse anche in settori tipici della sovranità statale, quali la difesa, l'ordine pubblico e la giustizia.

Sussistono tuttavia valide ragioni che inducono a seguire con attenzione critica questa direzione di sviluppo del fenomeno delle autorità amministrative indipendenti.

In primo luogo, infatti, lo strumento autorità amministrativa indipendente può prestarsi ad un uso improprio o che può comunque risultare ingiustificato. La creazione di un'autorità indipendente può infatti costituire un espediente di fuga dalla responsabilità politica, quale si realizza scaricando scelte difficili o

costose in termini di consenso su un organo qualificato come indipendente. In questi casi il ricorso a tale strumento viene indicato negli *USA* come volto a realizzare un “*displacement*”, ovvero una traslazione di costi politici contingenti su di un organo la cui veste di indipendenza è solo strumentale a tale scopo e non è vista come un valore in sé. In secondo luogo, l’istituzione di una autorità indipendente può consentire di allargare la sfera amministrativa a scapito del giudice, incidendo, così, sulla tutela giurisdizionale delle situazioni giuridiche soggettive.

In linea generale, la direzione di sviluppo del fenomeno delle autorità qui considerata indica un’esigenza di riorganizzazione dell’amministrazione pubblica soprattutto al fine di rafforzarne l’imparzialità, come ben sottolineato nel *Rapport public 2001* del *Conseil d’État*.

5. Nel nostro ordinamento sono da tempo presenti due autorità che possono essere considerate atipiche.

Costituisce in primo luogo un’anomalia rispetto al modello regolativo-giustiziale di derivazione angloamericana l’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM), che svolge una funzione generale di tutela della concorrenza e del mercato, in primo luogo con poteri di intervento e sanzionatori in tema di intese restrittive della libertà di concorrenza, di abuso di posizione dominante, di operazioni di concentrazione tra imprese; ma anche con poteri di segnalazione al Parlamento e al Governo, ai quali si sono assommati nel tempo importanti funzioni consultive e poteri di impugnazione di atti amministrativi, nonché competenze specifiche in tema di pubblicità ingannevole e tutela dei consumatori. Tale “anomalia” costituisce rimedio all’assenza di una cultura diffusa della concorrenza, ma resta problematica. L’Autorità invade, infatti, lo spazio del giudice e, benché sprovvista di un potere di regolazione generale del mercato, finisce di fatto per svolgere ugualmente una funzione di regolazione attraverso la modulazione dell’esercizio dei suoi ampi poteri di diffida e sanzionatori congiuntamente al ricorso ai nuovi strumenti di concertazione con le imprese ed alla conseguente assunzione di impegni da parte delle stesse.

Non trova valida giustificazione, invece, nella sua attuale disciplina, l’anomalia costituita dal Garante per la protezione dei dati personali, che ha compiti di vigilanza, controllo, poteri di divieto e di blocco in tema di trattamento dei dati e di stimolo dell’attività del Governo. La disciplina istitutiva del Garante rimette sostanzialmente al Governo, attraverso la fonte regolamentare, la latitudine del diritto alla riservatezza e consente all’autorità amministrativa Garante di invadere – parzialmente, ma con esiti sicuramente condizionanti – il campo proprio ed esclusivo del giudice ordinario.

6. L’Autorità nazionale anticorruzione (ANAC) viene da una storia molto travagliata, segnata anche da continui interventi normativi. Nata nel 2009 come Commissione per la valutazione, la trasparenza e l’integrità delle amministrazioni pubbliche (CIVIT), ha mutato denominazione tre volte. Avviata l’attività, non sono state attribuite alla CIVIT le necessarie risorse ed è stata depotenziata nelle attribuzioni, anziché sostenuta nello svolgimento delle funzioni, subendo una sorta di rigetto. Il sistema politico amministrativo non ha tollerato un soggetto indipendente preposto a far funzionare i controlli gestionali sull’efficienza e l’efficacia dell’uso delle risorse pubbliche ed il monitoraggio della qualità dei servizi pubblici. Queste importanti

funzioni, da assegnare ad un organismo indipendente alla stregua di importanti esperienze straniere, sono state sottratte all'Autorità. Le attribuzioni in materia di misurazione e valutazione delle *performances* sono state trasferite al Dipartimento della Funzione Pubblica dall'art. 19 del d.l. n. 90 del 2014.

Le funzioni sottratte, ovvero quelle principali assegnate alla CIVIT dalla normativa istitutiva, avrebbero potuto costituire il nucleo di partenza per un'evoluzione quale autorità sul pubblico impiego in grado di porre argini allo spreco di risorse ed alla gestione politico-clientelare del personale pubblico.

Dopo essere stata individuata quale Autorità nazionale anticorruzione ed aver cambiato denominazione (legge 30.10.2013, n. 125), la Commissione ha assunto anche le funzioni della soppressa Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici (art. 19, d.l. n. 90 del 2014). Parallelamente, il profilo dell'Autorità, benchè il d.l. n. 90 del 2014 faccia riferimento per essa sempre alla normativa istitutiva della CIVIT, alla quale il Consiglio di Stato ha riconosciuto la natura di autorità indipendente (Sez. I, parere n. 1081 del 22 marzo 2010), è mutato decisamente, assumendo una connotazione repressiva specie a partire da questo decreto.

All'ANAC sono stati progressivamente attribuiti poteri collegati alla persecuzione degli illeciti. Raccoglie segnalazioni e comunicazioni di illeciti a carattere prevalentemente penale nel settore pubblico. Gli avvocati dello Stato devono segnalare violazioni, anomalie ed irregolarità relative ai contratti. Sul pubblico ministero grava l'obbligo di informare il Presidente dell'ANAC ogni volta che eserciti l'azione penale per i delitti contro la pubblica amministrazione; sul giudice amministrativo quello di trasmettere all'Autorità "ogni informazione o notizia rilevante emersa nel corso del giudizio che, anche in esito ad una sommaria valutazione, ponga in evidenza condotte o atti contrastanti con le regole della trasparenza"(artt. 7 e 8, L. n. 69 del 2015, c.d. nuova legge anticorruzione).

Pur senza poter esercitare l'azione penale, l'Autorità svolge un'azione in qualche sorta parallela a quella delle Procure in un rapporto con queste non regolato.

L'Autorità anticorruzione ha anche acquisito poteri sanzionatori.

Al mutamento in senso repressivo del suo profilo è legata la fortuna dell'attuale Autorità, in termini di crescita del personale e delle funzioni. Queste spaziano ormai dall'anticorruzione e la trasparenza all'incompatibilità ed inconfiribilità degli incarichi, dai contratti pubblici, le misure straordinarie nei confronti delle imprese, gli interventi speciali per l'Expo di Milano 2015 ai codici di comportamento dei dipendenti pubblici, dall'attività internazionale ai protocolli di intesa, il monitoraggio e la trasparenza della spesa sanitaria.

L'art. 7 della L. n. 124 del 2015 ha delegato il governo a rivedere e semplificare le disposizioni in materia di prevenzione della corruzione, pubblicità e trasparenza. Con esso l'ANAC viene investita di un'ulteriore competenza, essendo individuata come autorità decidente per i ricorsi in materia di "accesso civico", ovvero la nuova modalità di accesso agli atti svincolata dalla titolarità di situazioni giuridiche rilevanti e volta a favorire "forme diffuse di controllo".

Il nuovo codice degli appalti (d.lgs. 18.4.2016, n. 50) colloca l'ANAC in posizione centrale e le attribuisce delicate funzioni normative e decisorie, anche in materia di inclusione ed esclusione di imprese, da svolgere sulla base di atti che, benchè definiti "linee guida", pongono anche norme vincolanti assistite da sanzioni, la cui irrogazione è rimessa alla stessa Autorità. Le funzioni in materia attribuite all'ANAC rischiano di risentire del profilo repressivo assunto dall'Autorità. L'ANAC ha da poco avviato la sua attività di definizione delle "linee guida".

È stato ben evidenziato come l'organismo in esame sia stato chiamato da una serie di provvedimenti normativi a colmare vuoti e lacune di vario tipo. L'assoluta peculiarità è tuttavia, come anche si è rilevato, che, benchè l'Autorità sia definita organo collegiale, il Presidente di essa ha assunto con il d.l. n. 90 del 2014 posizione e poteri autonomi. Il presidente dell'ANAC è stato, infatti, chiamato a presentare al Presidente del Consiglio dei ministri il piano di riordino dell'Autorità ed a formulare proposte al Commissario per l'Expo Milano 2015 per la corretta gestione delle procedure di appalto; a segnalare, ai fini dell'esercizio del potere sanzionatorio, i casi di violazione degli obblighi di trasparenza e pubblicazione relativi ai componenti degli organi politici di vertice delle amministrazioni; ad una funzione di alta sorveglianza a garanzia della correttezza e trasparenza delle procedure relative all'Expo Milano 2015 con poteri ispettivi e di verifica della legittimità degli atti (funzione estesa con DPCM 27 agosto 2015, anziché con atto legislativo, da ritenere necessario, agli appalti di Roma Capitale per il Giubileo); ancora, a proporre al prefetto competente – con tutto il peso dell'Autorità – misure, orientate alla prevenzione della corruzione, di gestione straordinaria delle imprese, incidenti sugli organi sociali fino alla estromissione temporanea di essi. La misura più grave ed invasiva, quella di commissariamento dell'impresa, più precisamente di commissariamento parziale con riguardo ad uno specifico contratto, anche per come è disciplinata, non appare in linea con l'ordinamento costituzionale, né, ancor più, con l'ordinamento europeo.

Emerge, quindi, anche un profilo emergenziale della figura del presidente ANAC.

La disciplina sul contrasto alla corruzione ha prodotto effetti notevoli di complicazione amministrativa, certificati dall'art. 7 della L. n. 124 del 2015, che già indica la necessità di rivedere e semplificare piani anticorruzione e relazioni dei responsabili della prevenzione della corruzione, ridefinendo ruoli, poteri e responsabilità al riguardo (c. 1, lett. d). Una ulteriore "burocratizzazione" complicante del sistema amministrativo, non compensata dall'efficacia delle misure è, pertanto, un fattore da tener presente. Vi è al riguardo l'istruttivo precedente del c.d. Garante della *privacy*.

In conclusione, i tratti salienti di forte atipicità dell'ANAC possono essere così riassunti. In primo luogo, l'Autorità ha assunto un ruolo preponderante in un settore tipico della responsabilità politico-governativa, quale non può non essere ritenuto quello della prevenzione e del contrasto – attraverso misure amministrative – alla corruzione. In secondo luogo, l'attribuzione di poteri autonomi al Presidente dell'Autorità – mentre la collegialità è caratteristica delle autorità indipendenti preordinata a garantire imparzialità e ponderatezza delle decisioni - ed il profilo emergenziale di questa figura delineato dalla

normativa più recente risultano non poco stridenti con la qualificazione di autorità amministrativa indipendente. Ancora, l'Autorità svolge la sua azione prevalente in materia di delitti contro la pubblica amministrazione, tendendo a divenire detentrica di tutte le informazioni al riguardo, ovvero in un ambito proprio dell'ordine giudiziario, in un rapporto con questo che non risulta regolato.

È da aggiungere che il progressivo accumularsi di funzioni, la connotazione ed il carattere disparato di esse inducono a configurare in capo all'Autorità un delicato ruolo di sintesi tipicamente politica fra diversi interessi pubblici potenzialmente confliggenti.

Il legislatore ha comunque dato per scontata l'indipendenza dell'ANAC, indipendenza riconosciuta in passato dal Consiglio di Stato alla CIVIT (Sez. I, parere n. 1081/2010, cit.), ben diversa dall'attuale ANAC. Quest'ultima risulta, infatti, contemplata fra le autorità destinatarie delle misure di "Razionalizzazione delle autorità indipendenti" (Art. 22, d.l. n. 90 del 2014).

II. L'ANAC nella nuova normativa sui contratti pubblici

1. Le tre nuove direttive comunitarie (nn. 23, 24 e 25 del 2014) in materia di contratti di concessione ed appalti pubblici indicano tra gli obiettivi anche la promozione della lotta alla corruzione, da perseguire attraverso procedure semplici e trasparenti, eliminando le incertezze normative.

La legge delega n. 11 del 2016, da un canto, ha imposto al Governo, come canone di recepimento delle direttive, il divieto di *gold plating*, ovvero il <<divieto di introduzione o di mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive>> (art. 1, c. 1, lett. a); dall'altro, ha stabilito deroghe al divieto ponendo prescrizioni e criteri non richiesti dalle direttive.

Il Consiglio di Stato, nel parere reso sullo schema di decreto legislativo (Commissione speciale sul Codice degli appalti pubblici, parere n. 855 del 1° aprile 2016) ha valutato favorevolmente il temperamento del divieto operato dal legislatore a tutela di interessi quali la prevenzione della corruzione e la lotta alla mafia, la trasparenza, il rafforzamento della concorrenza, la salvaguardia di valori ambientali e sociali. Il Consesso amministrativo ha, però, anche sottolineato che il maggior rigore rispetto alle direttive può ritenersi consentito <<nella misura in cui non si traduce in un ostacolo ingiustificato alla concorrenza>> e si realizzi in conformità ai principi di non discriminazione e proporzionalità.

Nel recepire le novità introdotte dalle direttive, la legge delega pone principi la cui <<portata assolutamente innovativa>> è stata rimarcata dal Consiglio di Stato. Tra essi vi è il ruolo assegnato all'Autorità nazionale anticorruzione, chiamata a coniugare i compiti di autorità anticorruzione con quelli di vigilanza e regolazione del mercato dei contratti pubblici.

La combinazione di tali funzioni risulta particolarmente nella legge delega dalla previsione di <<un sistema amministrativo, regolato sotto la direzione dell'ANAC, di penalità e premialità per la denuncia obbligatoria delle richieste estorsive e corruttive da parte delle imprese titolari di appalti pubblici,

comprese le imprese subappaltatrici e le imprese fornitrici di materiali, opere e servizi, prevedendo altresì uno specifico regime sanzionatorio nei casi di omessa o tardiva denuncia>> (art. 1, c. 1, lett. q, 5).

La centralità del ruolo dell'ANAC si evince dalla disposizione di carattere generale che prevede l'attribuzione all'Autorità << di più ampie funzioni di promozione dell'efficienza, di sostegno allo sviluppo delle migliori pratiche, di facilitazione allo scambio di informazioni tra stazioni appaltanti e di vigilanza nel settore degli appalti pubblici e dei contratti di concessione, comprendenti anche poteri di controllo, raccomandazione, intervento cautelare, di deterrenza e sanzionatorio, nonché di adozione di atti di indirizzo quali linee guida, bandi-tipo, contratti-tipo ed altri strumenti di regolamentazione flessibile, anche dotati di efficacia vincolante>> (art. 1, c. 1, lett. t).

La finalità anticorruzione affiora anche in questa disposizione, in modo implicito, ma significativo, attraverso i <<poteri...di deterrenza>>, da includere tra i poteri da assegnare all'Autorità; l'espressione è tuttavia impropria, essendo la deterrenza l'effetto di poteri previsti dall'ordinamento, quale quello sanzionatorio.

2. L'opzione del legislatore per un codice "snello" ha lasciato aperto un campo assai ampio agli atti attuativi, che vengono conseguentemente ad assumere un'importanza decisiva. Il Consiglio di Stato non ha mancato di sottolineare che gli atti attuativi devono essere chiari, conoscibili, tempestivi e fra loro coordinati.

Gli atti attuativi (ma si tratta solo di quelli espressamente menzionati dal decreto legislativo) individuati dal Consiglio di Stato sono cinquanta, ripartiti fra decreti del Ministero delle Infrastrutture (16), atti dell'ANAC (15), decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri (4), decreti di altri Ministri (15), oltre ad un atto demandato a Consip e altre centrali di committenza. L'elenco è variato di poco nella disciplina definitiva posta dal decreto legislativo.

Va sottolineato che i decreti del Ministro delle Infrastrutture sono per lo più adottati su proposta dell'ANAC, ovvero sentita la medesima Autorità, in un caso <<d'intesa>> con la stessa (art. 73).

Il Consiglio di Stato ha rilevato un incombente rischio di iper regolamentazione, nonché di sconfinamento e sovrapposizione derivante dalla molteplicità degli atti attuativi previsti dal decreto legislativo, per i quali anche vale tuttavia il divieto di *gold plating*.

Per la sua incidenza in ordine all'attuazione del codice merita di essere evidenziato che l'art. 1, c. 5 della legge delega ha avuto una assai diversa traduzione nell'art. 214, c. 12 del d.lgs. n. 50/2016.

La citata disposizione della legge delega prevedeva: <<Sulla base del decreto di riordino sono, altresì, emanate linee guida di carattere generale proposte dall'ANAC e approvate con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, che sono trasmesse prima dell'adozione alle competenti Commissioni parlamentari per il parere>>. Invece, l'art. 214, c. 12 citato ha stabilito: <<Ai sensi dell'articolo 1, comma 5 della legge 28 gennaio 2016, n. 11, il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti può adottare linee guida

interpretative e di indirizzo, su proposta dell'ANAC, sentite le Commissioni parlamentari, per assicurare l'uniforme applicazione e interpretazione delle norme di cui al presente codice>>.

Le linee guida di carattere generale, previste come necessarie (<<sono>>) e da sottoporre al Parlamento per inquadrare la successiva attività di regolazione, hanno, pertanto, subito una “mutazione”, divenendo “linee guida interpretative e di indirizzo” (sempre su proposta dell’ANAC) meramente facoltative (<<può>>).

3. L’art. 213 del d.lgs. n. 50 attribuisce all’ANAC (<<nei limiti di quanto stabilito dal presente codice>>) la vigilanza ed il controllo sui contratti pubblici e l’attività di regolazione degli stessi, specificando che l’Autorità <<agisce anche al fine di prevenire e contrastare illegalità e corruzione>> (c. 1).

L’Autorità è chiamata a svolgere la sua funzione di regolazione in primo luogo <<attraverso linee guida, bandi tipo, capitolati tipo, contratti tipo ed altri strumenti di regolamentazione flessibile, comunque denominati>>. Gli atti <<ritenuti maggiormente rilevanti in termini di impatto>>, specialmente quando riconducibili ad illeciti delle stazioni appaltanti, devono essere trasmessi alle Camere subito dopo la loro adozione.

L’Autorità deve dotarsi di forme e metodi di consultazione, di analisi e verifica dell’impatto della regolazione in modo che siano rispettati la qualità della regolazione ed il divieto di *gold plating* (c. 2).

Quest’ultima previsione è irrazionalmente limitata alle sole linee guida, non essendo stato accolto il suggerimento del Consiglio di Stato di renderla generale, ricomprendendo in essa anche gli <<atti di competenza>> dell’ANAC.

Le funzioni attribuite all’Autorità sono specificate come funzioni di vigilanza su tutti i contratti pubblici, anche di quelli <<esclusi dall’ambito di applicazione del codice>> e comportano oltre alla vigilanza sul rispetto delle procedure ordinarie e nella corretta applicazione di quelle derogatorie, la vigilanza sul sistema di qualificazione degli esecutori dei contratti pubblici, assistita da poteri sanzionatori, nonché sull’economicità dell’esecuzione dei contratti.

L’Autorità ha poteri di segnalazione nei confronti del Governo e del Parlamento e di proposta di modifiche normative al (solo) Governo. Deve trasmettere al Governo ed al Parlamento una relazione annuale.

La vigilanza dell’ANAC è normativamente definita <<collaborativa>> ove attuata previa stipula di protocolli di intesa con le stazioni appaltanti richiedenti. Deve trattarsi, però, di non meglio precisati <<affidamenti di particolare interesse>> (c. 3).

Nei commi 4 e ss. dell’art. 213 viene puntualizzato che l’Autorità gestisce il sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti e delle centrali di committenza; può disporre ispezioni; collabora con l’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) per l’elaborazione del <<rating di legalità>>, che diviene componente del <<rating di impresa>> (art.83, c. 10 del codice); gestisce la Banca Dati Nazionale dei Contratti

Pubblici, avvalendosi dell'Osservatorio sui contratti pubblici, stabilendo le modalità di funzionamento dell'Osservatorio e le informazioni obbligatorie che ad esso devono affluire e che, se omesse o non veritiere, l'Autorità è chiamata a sanzionare; ancora, gestisce il Casellario informatico dei contratti pubblici; gestisce ed aggiorna l'Albo Nazionale obbligatorio dei componenti delle commissioni giudicatrici (art. 78 del codice), nonché l'elenco delle stazioni appaltanti che operano affidamenti diretti nei confronti di proprie società *in house* (art. 192 del codice).

Presso l'Autorità opera la Camera arbitrale per i contratti pubblici (c. 11).

Il c. 13 conferisce all'ANAC il potere di irrogare sanzioni amministrative pecuniarie nei casi di omissione o rifiuto di fornire informazioni o esibire i documenti richiesti dall'Autorità e di informazioni e documenti non veritieri forniti. Alla fine di questo comma risulta laconicamente stabilito <<Con propri atti l'Autorità disciplina i procedimenti sanzionatori di sua competenza>>. La previsione trascende la disciplina del comma ed ha valenza generale con riguardo ai procedimenti sanzionatori dell'Autorità.

4. Nei rilievi che seguono l'attenzione è posta soprattutto su alcune disposizioni del d.lgs. n. 50/2016 che prestano il fianco alla critica di legittimità ed evidenziano il profilo atipico dell'Autorità, benchè ad esse non possano essere dedicati che rapidi cenni. Emerge al riguardo la tendenza a privilegiare un'ottica burocratica di prevenzione della corruzione che può danneggiare la concorrenza; ancora, la tendenza ad occupare lo spazio della discrezionalità delle stazioni appaltanti e ad invadere il campo proprio dell'autorità giudiziaria.

Una prima disposizione è tratta, se così può dirsi, dalla coda del decreto legislativo. È contenuta nel comma 2 dell'art. 211, rubricato <<Pareri di precontenzioso dell'ANAC>>.

Rispetto allo schema di decreto, questa disposizione ha subito solo marginali mutamenti, nonostante le critiche del Consiglio di Stato, che rimangono, pertanto, attuali. È in essa configurato un potere dell'ANAC di invitare, <<mediante atto di raccomandazione>>, le stazioni appaltanti ad agire in autotutela, rimuovendo gli atti illegittimi ed i loro effetti. Il mancato adeguamento alla <<raccomandazione vincolante>> comporta l'irrogazione da parte dell'Autorità di una sanzione amministrativa pecuniaria a carico del dirigente responsabile, destinata a rilevare anche con riguardo al sistema reputazionale delle stazioni appaltanti gestito dall'ANAC.

La sanzione, ha osservato, ma in modo non del tutto perspicuo, il Consiglio di Stato, colpisce il rifiuto di autotutela, ossia un provvedimento amministrativo da presumere legittimo, introducendo pertanto una responsabilità da atto legittimo.

Un invito/raccomandazione ad agire in autotutela, anche sanzionato in caso di inosservanza, è probabilmente in astratto configurabile e non incide sulla presunzione di legittimità dell'atto amministrativo. Si pone, tuttavia, in contrasto con risalenti principi giurisprudenziali, che continuano a negare l'obbligatorietà del riesame dei propri atti (assistito da garanzie) da parte delle autorità amministrative competenti su ricorso

dei soggetti che si ritengono da essi lesi, in violazione della raccomandazione del Consiglio d'Europa del 5 settembre 2001.

Non tanto e non solo di questo si tratta, tuttavia, in quanto l'esito dell'"azione di autotutela" imposta appare già prefigurato dal giudizio di illegittimità dell'atto proveniente dall'Autorità. È, pertanto, sostanzialmente una sorta di "annullamento mascherato", espressione, questa, usata dal Consiglio di Stato. Dal momento che il dirigente non appare in condizione di dissentire dal giudizio dell'Autorità, l'unica possibilità per il vertice della stazione appaltante è l'impugnativa della raccomandazione.

Con generale riguardo agli strumenti precontenziosi apprestati dal codice, il Consiglio di Stato ha del resto sottolineato che essi rischiano il paradossale effetto di generare ulteriore contenzioso ove non ben definiti quanto a presupposti, procedimento ed effetti.

Il Consiglio di Stato, sempre nel parere reso sullo schema di decreto, ha proposto inutilmente che l'ANAC fosse legittimata ad agire in giudizio avverso l'atto ritenuto illegittimo (come già consentito all'AGCM). La disposizione in esame mira invece a far sì che l'Autorità possa prescindere dal / sostituire il giudizio.

Una disposizione che si presta alla compressione della discrezionalità delle stazioni appaltanti è contenuta nell'art. 80, c. 13 del codice. Con essa viene affidato alle linee guida dell'ANAC il compito di indicare alle stazioni appaltanti quali mezzi di prova devono considerare adeguati per la dimostrazione delle circostanze di esclusione e quali carenze nell'esecuzione di un precedente contratto d'appalto devono ritenere significative con riguardo a quanto previsto dal c. 5, lett. c) dell'art. 80 cit.

Il Consiglio di Stato ha chiesto inutilmente che venisse precisato che tali linee guida non possono limitare <<in alcun modo>> gli apprezzamenti discrezionali delle stazioni appaltanti, sottolineando anche gli esiti disfunzionali derivanti dalla compressione della discrezionalità.

Nell'ambito dell'art. 83 <<Criteri di selezione e soccorso istruttorio>>, che si segnala per il suo carattere eterogeneo, va invece sottolineata la decisiva rilevanza della disciplina prevista al comma 2.

Il Consiglio di Stato ha criticato l'affidamento, operato al c. 2, alla sola ANAC – proponendo il modello del decreto ministeriale "su proposta" dell'ANAC – della disciplina, mediante linee guida (<<caratterizzata da generalità ed astrattezza>>, dunque senz'altro normativa) di rilevanti aspetti sostanziali relativi alla selezione dei candidati, ai caratteri del sistema di qualificazione, ai casi e alle modalità di avvalimento, ai requisiti e capacità che il concorrente deve possedere, sottolineando che la disciplina è destinata ad incidere su specifici *status* soggettivi.

Non possono esservi dubbi che all'ANAC è affidata una funzione normativa particolarmente pregnante dal c. 2 dell'art. 83 cit.

Aspetti molto delicati presenta il << sistema del *rating* di impresa >> ai fini della qualificazione delle imprese, accompagnato da penalità e premialità, istituito presso l'ANAC dal c. 10 dell'art. 83 e da essa gestito, che deve tenere conto del *rating* di legalità, rilevato sempre dall'ANAC, ma in collaborazione con l'AGCM.

L'ANAC è chiamata a definire mediante linee guida i requisiti reputazionali ed i criteri di valutazione degli stessi, nonché ad irrogare misure sanzionatorie amministrative << nei casi di omessa o tardiva denuncia obbligatoria delle richieste estorsive e corruttive da parte delle imprese titolari di contratti pubblici >>. I requisiti reputazionali alla base del *rating* di impresa devono tener conto oltre che del *rating* di legalità di cui si è detto, anche dei << precedenti comportamentali dell'impresa con riferimento, in particolare, all'esecuzione dei contratti e all' << incidenza del contenzioso sia in sede di partecipazione alle procedure di gara che in fase di esecuzione del contratto >> >>.

L'obbligo di denuncia obbligatoria posto a carico di soggetti privati (è al riguardo da domandarsi: quand'è che una denuncia è tardiva?) risulta accompagnato da << misure sanzionatorie amministrative >> totalmente rimesse all'Autorità. L'ANAC è chiamata a definire con linee guida i << requisiti reputazionali e i criteri di valutazione degli stessi >>, anche sulla base della valutazione (discrezionale) dei << precedenti comportamentali dell'impresa >>, per i quali rileva una generica << incidenza del contenzioso >>, oltre che le sanzioni irrogate dall'Autorità.

In contrasto con il diritto alla tutela giurisdizionale ed alla effettività di essa risulta, pertanto, fortemente "sconsigliato" l'accesso alla giustizia e si dà una spinta impropria agli strumenti di precontenzioso previsti dal d.lgs. n. 50/2016 e facenti capo all'ANAC.

Tutto il sistema si rivela invero foriero di notevoli complicazioni e costituisce una minaccia al principio di concorrenza attraverso la discriminazione fra premiati e penalizzati rimessa all'Autorità in difetto di criteri pienamente oggettivi. Soprattutto, non appare compatibile con il principio comunitario di concorrenza, dal momento che da esso sono escluse le imprese estere. Ciò è comprovato dalle << linee guida in materia di offerta economicamente più vantaggiosa >> poste in consultazione dall'ANAC: il sistema di premialità e penalità per le imprese italiane dovrebbe essere accompagnato da un ulteriore macchinoso sistema di << compensazioni >> per le imprese estere!

Anche con riguardo all'art.84, << Sistema unico di qualificazione degli esecutori di lavori pubblici >>, il Consiglio di Stato ha inutilmente proposto, nel parere reso, il modello del decreto ministeriale << su proposta dell'ANAC >>, anziché l'affidamento alla sola Autorità dell'individuazione di categorie e classifiche dei lavori, in quanto << materia intrinsecamente normativa >>.

Al comma 4, lett d dell'articolo appena citato è previsto che le SOA devono attestare il possesso di certificazione del *rating* di impresa di cui all'art. 83, c.10, per il quale rileva, come detto, una << generica incidenza del contenzioso >>, mentre al precedente c. 2 sono assegnati all'ANAC nei confronti delle SOA

poteri di diffida, sospensione e decadenza dall'autorizzazione, totalmente rimessi quanto alla loro disciplina alle linee guida ANAC di cui al comma 8.

L'art. 110 del codice è dedicato alle <<Procedure di affidamento in caso di fallimento dell'esecutore o di risoluzione del contratto e misure straordinarie di gestione>>.

La disciplina prevista al c. 3 dello schema di decreto legislativo (secondo una scelta risalente alla legge delega) prevedeva l'emarginazione del giudice delegato al fallimento e della funzione assegnata all'autorità giudiziaria in ordine alla partecipazione a procedure di affidamento di concessioni e appalti, nonché all'esecuzione dei contratti già stipulati da parte del curatore del fallimento autorizzato all'esercizio provvisorio o dell'impresa ammessa al concordato. L'ANAC autorizzava, mentre il giudice delegato doveva solo essere sentito. Benchè non osservata dal Consiglio di Stato, la disciplina è stata corretta. Nel decreto legislativo è ora il giudice delegato che autorizza, mentre l'ANAC deve essere sentita.

Resta, tuttavia, assai problematica sotto il profilo della legittimità la previsione di cui al c.5 – che vanifica la precedente correzione - in cui l'ANAC, intestataria dell'interesse pubblico alla prevenzione della corruzione, prevale sul giudice delegato, in continuità espansiva con la normativa di c.d. <<commissariamento degli appalti>> (L. 14/2014).

Risulta, infatti, stabilito che l'ANAC, solo <<sentito il giudice delegato>>, può subordinare la partecipazione di cui sopra, alla necessità di avvalersi di un altro operatore ove l'impresa non risulti in possesso di non meglio definiti <<requisiti aggiuntivi>> che l'ANAC è chiamata a stabilire con apposite linee guida.

5. Nel parere sullo schema di decreto legislativo il Consiglio di Stato ha individuato tre tipologie di atti attuativi previsti dal codice.

La prima è costituita dai decreti ministeriali o interministeriali che, avendo una chiara efficacia innovativa dell'ordinamento e recando disposizioni caratterizzate da generalità ed astrattezza, vanno considerati – a tutti gli effetti e con le relative conseguenze in ordine alla loro disciplina, relativamente alla quale viene prescritto in aggiunta il parere delle competenti Commissioni parlamentari – regolamenti ministeriali ai sensi dell'art. 17, c. 3 della legge n. 400 del 1988.

L'espressione utilizzata nella legge delega (art. 1, c. 1, lett. t) , <<atti di indirizzo>> e <<strumenti di regolazione flessibile>>, con riguardo a linee guida, bandi-tipo, contratti-tipo ed in genere agli atti dell'ANAC ha evocato, anche nei primi commenti, il *soft law*, il *droit souple*. Si tratta di un fenomeno da considerare giuridico, benchè dai contorni imprecisati. Perché ricorra, occorre però che la regola di condotta attraverso atti quali inviti, raccomandazioni, consigli, ecc. non sia vincolante e sia sprovvista di sanzione giuridicamente predeterminata.

Il riferimento al concetto di *soft regulation* è stato tuttavia giudicato generalmente <<improprio>> dal Consiglio di Stato, anche con riguardo, quindi, alle linee guida non vincolanti dell'ANAC. Questo giudizio si

spiega con la circostanza che il *soft law* ha necessariamente uno spazio assai ristretto nel diritto amministrativo, nel quale gli atti non possono essere affrancati dal controllo di legalità. Anche nei confronti della soppressa Autorità di vigilanza sui contratti pubblici il giudice amministrativo ha ritenuto impugnabili atti non vincolanti in quanto idonei ad arrecare una lesione, che invero appare quasi sempre ravvisabile già solo per la provenienza degli atti dall'autorità incaricata della vigilanza e la possibile incidenza dell'inosservanza delle indicazioni contenute nei predetti atti sulle future valutazioni della medesima autorità.

Il fenomeno viene suggestivamente definito di “indurimento” del *soft law*. Di qui la riconduzione, condivisibile almeno in linea generale, da parte del Consiglio di Stato, delle linee guida a carattere non vincolante e degli altri atti dell'ANAC – ben poco rilevano le denominazioni – agli ordinari atti amministrativi.

Quanto alle linee guida vincolanti dell'ANAC – terza tipologia di atti attuativi esaminata – il Consiglio di Stato ne ha escluso, ma in modo evidentemente perplesso, <<una vera e propria natura normativa *extra ordinem*>>. Le linee guida dell'ANAC previste agli artt. 83 e 84 del codice definiscono tuttavia il sistema di qualificazione delle imprese, i requisiti di partecipazione alle procedure, il regime delle SOA. Limitano e condizionano l'accesso al mercato degli appalti pubblici e conseguentemente l'esercizio del diritto di impresa. Evidente ne è, pertanto, la portata normativa.

Ciò è stato riconosciuto dallo stesso Consiglio di Stato, tanto da indurre il Consesso amministrativo, proprio in ragione del carattere normativo delle discipline affidate all'ANAC dagli artt. 83 e 84 citati, a suggerirne l'adozione con decreti ministeriali su proposta dell'ANAC.

Il Consiglio di Stato ha, nondimeno, qualificato tali atti come <<*atti di regolazione delle Autorità indipendenti, che non sono regolamenti in senso proprio ma atti amministrativi generali e, appunto, di regolazione*>>.

Quella di atti di regolazione è invero una non definizione, dal momento che la regolazione – amministrativa, è da specificare – indica, come si è anche qui ricordato, la funzione complessiva assegnata ad una autorità indipendente che si realizza attraverso l'esercizio di poteri normativi e di poteri di carattere amministrativo, repressivi e di attuazione contenziosa.

D'altro canto, l'inquadramento come <<atti amministrativi generali>> viene operato, se così può dirsi, a prescindere, sulla base di una sottintesa negazione della possibilità che le autorità amministrative indipendenti abbiano potere normativo. Questo inquadramento consente comunque l'applicabilità alle linee guida a carattere vincolante dell'ANAC delle garanzie partecipative e di qualità della regolazione, giustamente sottolineate dal Consiglio di Stato, che valgono sia per i regolamenti che per gli atti generali delle autorità indipendenti.

È opportuno evidenziare che la tesi che nega la potestà normativa in capo alle autorità amministrative indipendenti è smentita dal diritto positivo, risulta sconfessata dallo stesso Consiglio di Stato ed appare sprovvista di un solido fondamento scientifico.

In primo luogo, ma è solo l'esempio più rilevante, la legge n. 262 del 2005, sulla tutela del risparmio prevede espressamente gli atti <<aventi natura regolamentare>> della Banca d'Italia, della Consob, dell'Isvap e della Covip, distinguendoli da quelli aventi contenuto generale, ma assoggettandoli alla medesima disciplina.

Con questa legge è stato per la prima volta stabilito su piano generale che i provvedimenti aventi carattere regolamentare o comunque contenuto generale, oltre che appropriatamente motivati, devono essere accompagnati da una relazione che illustri le conseguenze della regolamentazione, istituzionalizzando in tal modo l'analisi di impatto della regolamentazione (A.I.R.).

Riferimento costante per la regolazione generale deve essere il principio di proporzionalità, mentre regola di azione fondamentale per le autorità è la necessaria previa consultazione degli organismi rappresentativi dei soggetti vigilati, dei prestatori di servizi finanziari e dei consumatori.

Il sistema delle fonti a livello secondario si presenta <<aperto>>, ovvero non esiste un *numerus clausus* di esse. È rimesso alla legge, che può stabilire specie e modelli di atti normativi. Questo insegnamento di Crisafulli obbedisce a ineludibili esigenze di funzionalità. Il quadro non è stato mutato dal nuovo art. 117 Cost., né, ancor meno, in precedenza, dalla l. n. 400 del 1988 in ordine alla potestà regolamentare del Governo, della quale si è pretesa la natura rafforzata.

Così, ad es. il Consiglio di Stato ha esattamente ritenuto che *“ai fini, quindi, della individuazione della natura dell'atto, non operando un principio di tipicità delle fonti, con riferimento agli atti di formazione secondaria, deve soccorrere una indagine di tipo sostanzialistico (secondo la metodologia costantemente utilizzata anche dalla Corte costituzionale)”* (Cons. St., IV, n.2674/2012).

Incerta può rivelarsi in concreto la distinzione tra atto normativo e atto amministrativo generale, fondata sul carattere generale ed astratto delle disposizioni e sull'indeterminatezza dei destinatari.

In proposito, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nella sentenza n. 9 del 2012 ha richiamato *<<l'elaborazione giurisprudenziale che ormai da tempo utilizza, proprio al fine di distinguere tra atto normativo e atto amministrativo generale, il requisito della indeterminabilità dei destinatari, rilevando che è atto normativo quello i cui destinatari sono indeterminabili sia a priori che a posteriori(essendo proprio questa la conseguenza della generalità e dell'astrattezza), mentre l'atto amministrativo generale ha destinatari indeterminabili a priori, ma certamente determinabili a posteriori in quanto è destinato a regolare non una serie indeterminati di casi, ma, conformemente alla sua natura amministrativa, un caso particolare, una vicenda determinata, esaurita la quale vengono meno anche i suoi effetti.”*

La questione della potestà normativa delle autorità amministrative indipendenti è stata affrontata in modo del tutto appropriato in un parere del Consiglio di Stato del 2005 riguardante l'ISVAP (Sez. Cons. atti normativi, ad. n. 11603/05).

È stata pienamente ammessa la configurabilità di funzioni normative in capo alle autorità amministrative indipendenti. La Sezione ha in merito sottolineato il policentrismo ed il carattere complesso del sistema delle fonti, nel quale <<criterio di gerarchia e di competenza si sostituiscono e si sovrappongono ripetutamente>>.

Il potere normativo delle autorità deve trovare la propria fonte nella legge, che deve indicare i criteri di fondo per il suo esercizio. L'attribuzione di un potere regolamentare a soggetti diversi dal Governo trova giustificazione nelle discipline di settore <<nel criterio di una più razionale distribuzione dei ruoli e delle competenze>>.

Il fondamento del potere normativo delle autorità amministrative indipendenti – ha osservato ancora la Sezione- può derivare dall'attuazione di precetti costituzionali o essere rinvenuto nell'ordinamento comunitario.

Il rapporto tra regolamenti delle autorità indipendenti e le tradizionali fonti subprimarie (regolamenti governativi e ministeriali) è prevalentemente disciplinato dal <<criterio di competenza>>.

Oltre ad indicare i principi qui riportati, il parere contiene altre rilevanti considerazioni, tra le quali quella secondo cui la natura del potere regolamentare dovrebbe essere esplicitata,; evidenza, infine, l'importanza dell'A.I.R., nonché della previsione di <<procedure di consultazione aperte e trasparenti>>. A quest'ultimo riguardo, deve essere maggiormente sottolineato che <<la legalità procedurale, sotto forma di garanzie del contraddittorio è essenziale>>. La partecipazione non ha una mera funzione collaborativa, bensì impone all'autorità di <<motivare la decisione finale, anche con riguardo alle osservazioni presentate>> (v. partic. Cons. St., VI, n. 7972/2006).

Il problema, anche di legittimità costituzionale, con riguardo all'attribuzione del potere normativo (sicuramente, ad es. con riguardo agli artt. 83 e 84) all'ANAC – al di là di considerazioni non condivisibili sul carattere chiuso del sistema delle fonti secondarie – è stato ravvisato nella circostanza che <<le linee guida dell'ANAC...non presentano i caratteri della tecnicità e della settorialità, né intervengono in un mercato che esige una regolazione autonoma dal Governo>> (Deodato). L'assegnazione del potere normativo non potrebbe essere, pertanto, giustificata alla stregua di quanto si è ritenuto per le autorità indipendenti di regolazione dei mercati.

La critica non coglie a mio avviso nel segno laddove considera le autorità amministrative indipendenti come incaricate di dettare regole meramente tecniche. Coglie nel segno laddove sottolinea che le linee guida, espressione di potere normativo dell'ANAC, investono <<un mercato tutt'altro che settoriale, nella misura in cui si applicano a tutte le procedure di affidamento di appalti pubblici di lavori>>.

È assai dubbio soprattutto che una tale scelta risponda al <<criterio di una più razionale distribuzione dei ruoli e delle competenze>> indicato dal Consiglio di Stato.

Quel che è destinato ad emergere è infatti che – sull’onda dell’emergenza corruzione – è stata scaricata sull’ANAC un’amplissima responsabilità di carattere politico, da svolgere attraverso la ponderazione dell’interesse pubblico alla prevenzione della corruzione (di cui è depositaria) con l’interesse al buon funzionamento delle procedure relative ai contratti pubblici ed alla corretta esecuzione di essi, assicurando al contempo il principio comunitario di concorrenza. Che la materia sia di preminente responsabilità governativa emerge, del resto, dalla prevista sottoposizione (art. 213, c. 2) delle linee guida ANAC al Parlamento. Addirittura, è previsto nelle materie di cui agli artt. 83 e 84 il previo parere delle Commissioni parlamentari. Si tratta all’evidenza di una anomalia con riguardo alla regolazione affidata ad una autorità amministrativa indipendente; rileva anche al riguardo la condivisione della funzione di regolazione con il Ministero (<<il modello su proposta>>), che in genere è da considerare disfunzionale. Ancora, l’ANAC è chiamata ad indirizzare le amministrazioni, le stazioni appaltanti ed anche a stimolarne la riorganizzazione, a produrre sostanziali effetti di annullamento (alla stregua dell’annullamento governativo) di atti da essa ritenuti illegittimi. Anche le disposizioni che prevedono l’<<intesa>> o l’<<accordo>> con l’ANAC sembrano evocarne la natura politica. Quello che emerge è dunque ancora il profilo assolutamente atipico, per meglio dire anomalo, dell’Autorità.

6. In tema di garanzie procedimentali e di qualità della regolazione dei propri atti, l’ANAC, dopo aver assunto anche le funzioni della soppressa AVCP, ha adottato, in data 8 aprile 2015, il regolamento sulla <<Disciplina della partecipazione ai procedimenti di regolazione dell’Autorità Nazionale Anticorruzione>>, che sostituisce i precedenti regolamenti in materia della CIVIT e dell’AVCP.

Risultano tuttora vigenti i regolamenti precedentemente adottati dall’AVCP per l’analisi di impatto della regolazione (AIR) e in materia di esercizio del potere sanzionatorio. L’ANAC è tuttavia chiamata a dettare una nuova disciplina dei procedimenti sanzionatori, sia in forza dell’espressa previsione contenuta nell’art. 213, c. 13 del codice, sia in ragione dell’assai maggiore rilevanza dei provvedimenti sanzionatori o ad essi assimilabili, quale ad es. quello di decadenza da un’autorizzazione, assumibili dall’ANAC alla stregua del nuovo codice.

Del regolamento adottato deve essere sottolineata la carenza sotto il profilo delle garanzie idonee a legittimare, anche secondo la giurisprudenza del Consiglio di Stato, l’azione dell’Autorità. La consultazione preventiva, ha, infatti luogo solo <<ove ritenuto opportuno>> dall’Autorità (artt. 1 e 2, c. 5) e con la sola partecipazione dei soggetti che <<l’autorità ritiene opportuno ascoltare e consultare>>, riservandosi anche l’Autorità di apprezzare le condizioni per eventualmente consentire la partecipazione di soggetti che abbiano richiesto di essere invitati (art. 3, cc. 1 e 3).

Affinchè la partecipazione degli interessati realizzi i presupposti minimi di una procedura di *notice and comment* occorre che gli interessati siano chiamati ad esprimersi su uno schema di atto di regolazione completo. Invece, il regolamento ANAC prevede che solo <<eventualmente>> gli interessati possano

esprimersi su un vero “schema di atto di regolazione” (art. 2, lett. e), anziché sulle sole questioni indicate dall’Autorità.

È vero che il d.lgs. n. 50 del 2016 è in materia di garanzie procedurali più carente del vecchio codice (v. art. 8, c. 1, d.lgs. n. 163 del 2006), ma i principi al riguardo sono da ritenere consolidati. In particolare, la partecipazione non è meramente collaborativa, né è nella disponibilità dell’Autorità.

Un cenno va infine dedicato alle prime linee guida poste in consultazione. Non viene posto in consultazione un vero e proprio schema di atto. Singoli aspetti vengono espressamente esclusi e rimessi ad un futuro regolamento dell’Autorità. Lo stile è discorsivo, simile a quello di molte circolari amministrative. Si invita a fornire indicazioni relativamente alle posizioni formalizzate dall’ANAC, sostenute con una certa enfasi; talora senza fondamento, come quando si pretende di contrastare il chiaro dettato dell’art.97 del codice che assegna la verifica della congruità delle offerte alle stazioni appaltanti, sottraendo ad esse tale verifica in <<un’ottica di prevenzione della corruzione>>.

Non mancano ovviamente nelle linee guida utili chiarimenti, ad es. in tema di affidamento dei contratti pubblici sotto soglia.

All’insistenza sui requisiti di moralità ed onorabilità, che si tende ad estendere al di là di quanto indicato dalla legge, non corrisponde una pari attenzione per i soggetti che possono essere in tal modo esclusi dall’esercizio di funzioni quale quella di commissario di gara.

Nonostante l’esperienza acquisita dalla soppressa AVCP, l’approccio dell’ANAC ad essa succeduta può apparire astratto, allorchè in particolare, per valorizzare la figura del RUP, ne viene esaltato <<il ruolo di *Project Manager*>> senza considerare le condizioni organizzative dell’amministrazione, che nemmeno gli garantiscono un reale e non meramente formale profilo di autonomia. Lo stesso vale per il Direttore dell’esecuzione.

Si è già detto come le linee guida poste in consultazione confermino che il *rating* di impresa contrasta con il principio comunitario di concorrenza e prevedano al riguardo un non meglio precisato meccanismo di compensazione per le imprese estere escluse dal sistema, tutto nazionale, immaginato.

7. Una così ampia responsabilità di carattere politico scaricata sull’ANAC (anche nel modello su proposta è l’ANAC ad essere protagonista, come insegna l’esperienza dei decreti del Ministro del Tesoro su proposta della Banca d’Italia) non pare obbedire ad una razionale distinzione dei ruoli e delle competenze nel nostro ordinamento e può essere disfunzionale, *in primis* ledere il principio comunitario di concorrenza. Né può escludersi al riguardo il verificarsi di comportamenti opportunistici che danneggino le imprese meno protette ed attrezzate sul terreno dei rapporti istituzionali.

Nota alla parte prima

Sulle autorità amministrative indipendenti, anche per i riferimenti bibliografici, v. N. LONGOBARDI, *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico – istituzionale*, II ed., Torino 2009; ID., voce *Autorità Amministrative Indipendenti (Dir. Amm.)*, in *Treccani.it*, 2015 e da ultimo ID., *Autorità indipendenti di regolazione di mercati e autorità atipiche. L’Autorità Nazionale Anticorruzione*, in *www.giustamm.it*, n. 5/2016.

Per la storia dell’ANAC, quale sviluppatasi attraverso una lunga sequela di interventi normativi a partire dall’istituzione della CIVIT, v. E. D’ALTERIO, *I nuovi poteri dell’Autorità nazionale anticorruzione: “post fata resurgam”*, in *Giornale dir. amm.*, n. 6/2015, p. 757 ss. In precedenza, v. F. DI LASCIO- B. NERI, *I poteri di vigilanza dell’Autorità Nazionale Anticorruzione*, in *Giornale dir. amm.*, n.4/2015, p. 454 ss.; B. G. MATTARELLA, *La prevenzione della corruzione in Italia*, in *Giornale dir. amm.*, n. 2/201, p. 123 ss. *Ivi*, ampi riferimenti bibliografici in tema di “anticorruzione”. Per il “punto di vista dell’autorità” v. R. CANTONE – F. MERLONI (a cura di), *La nuova Autorità nazionale anticorruzione*, Torino 2015.

Per l’approfondita critica delle misure, assunte su iniziativa del Presidente dell’ANAC, che nella pratica vengono definite di “commissariamento degli appalti”, v. A. MALTONI, *Nuove forme di intervento pubblico nella gestione di imprese private*, in *Dir. e proc. amm.*, 2015, pp. 1079 ss., 1038 ss.

Nota alla parte seconda

Sul concetto di regolazione amministrativa, sul giusto procedimento e sul valore legittimante, dal punto di vista democratico, delle regole del contraddittorio e della partecipazione dei privati all’esercizio dei poteri regolatori delle autorità amministrative indipendenti, si rinvia agli scritti sulle autorità indipendenti citati nella nota alla parte prima.

Sul *soft law*, v. E. MOSTACCI, *La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, Padova 2008; R. BIN, *Soft law, no law*; F. TERPAN, *Soft law in the European Union – The changing nature of EU law*, in *European Law Journal*, n. 1/2015, p. 68 ss.; M. MAZZAMUTO, *L’atipicità delle fonti nel diritto amministrativo*, in *Atti del Convegno AIPDA 2015 su <<Le fonti nel diritto amministrativo>>*, Padova 9-10 ottobre 2015, che sottolinea l’<indurimento> del *soft law* (anche nell’ordinamento francese) quando viene a contatto con <<gli stringenti principi garantistici del diritto amministrativo>>; S. MORETTINI, *Il soft law nelle Autorità indipendenti: procedure oscure e assenza di garanzie?*, in *Osservatorio sull’AIR*, Luglio 2011.

Sul carattere “aperto” delle fonti a livello secondario, per l’insegnamento di Crisafulli, v. V. CRISAFULLI, *Fonti del diritto (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, XVII, Milano 1968, p. 956 ss.. Al riguardo, v. ora M. MAZZAMUTO, *L’atipicità, cit.*, anche per la distinzione tra atto normativo ed atto amministrativo generale (*ivi* riferimenti di dottrina e giurisprudenza).

Sul potere normativo delle autorità amministrative indipendenti, v. F. Merusi, *Il potere normativo delle Autorità indipendenti*, in G. Gitti, *L’autonomia privata e le autorità indipendenti*, Bologna, 2006, p. 8 ss.; V. Cerulli Irelli, *Sul potere normativo delle Autorità amministrative indipendenti*, in M. D’Alberti – A. Pajno, , a

cura di, *Arbitri dei mercati. Le autorità indipendenti e l'economia*, Bologna, 2009, 75 ss.; F. Politi, *La potestà normativa delle autorità amministrative indipendenti: nuovi profili di studio*, in N. Longobardi, *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico – istituzionale*, II ed., Torino, 2009, 295 ss.

Questione molto delicata è quella dei poteri normativi c.d. impliciti. Con riguardo alla soppressa AVCP è stata sostenuta – da C. CELONE, *La funzione di vigilanza e regolazione dell'Autorità sui contratti pubblici*, Milano 2012 – una lettura estensiva della funzione di vigilanza assegnata all'Autorità, tale da ricomprendere anche un potere regolamentare non espressamente attribuito. *Contra*, G. MORBIDELLI, *Poteri impliciti*, in *Diritto e società*, n. 1/2015, p. 223 e ss.

Sugli interventi regolatori della soppressa AVCP, ai quali la giurisprudenza ha negato efficacia vincolante, riconoscendo ugualmente talora l'idoneità lesiva – e pertanto l'impugnabilità – degli atti adottati dall'Autorità, v. C. CELONE, *La funzione di vigilanza, cit.*, p. 183 ss. Cfr. sul punto M. MAZZAMUTO, *L'atipicità delle fonti, cit.*

Sull'obiettivo prioritario di tutela di un mercato degli appalti pubblici aperto e concorrenziale assegnato alla soppressa AVCP, v. S. AMOROSINO, *L'autorità per la vigilanza sui contratti pubblici: profili di diritto dell'economia*, in *Riv. trim. appalti*, n. 2/2010, p. 317 ss.

Sulle linee guida dell'ANAC è stato fatto riferimento nel testo allo scritto di C. DEODATO, *Le linee guida dell'ANAC: una nuova fonte del diritto?*, in *www.giustamm.it*, n. 4/2016. In tema, v. pure G. DI COSIMO, *Sul ricorso delle linee guida da parte del Garante per la privacy*, in *Osservatorio sulle fonti.it*, n. 1/2016; M. DELLE FOGLIE, *Verso un "nuovo" sistema di contratti pubblici*, in *www.giustamm.it*, n. 6/2016.